

JULIANO HEINEN

Comentários à
**Lei de LICITAÇÕES
e CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Lei nº 14.133/21

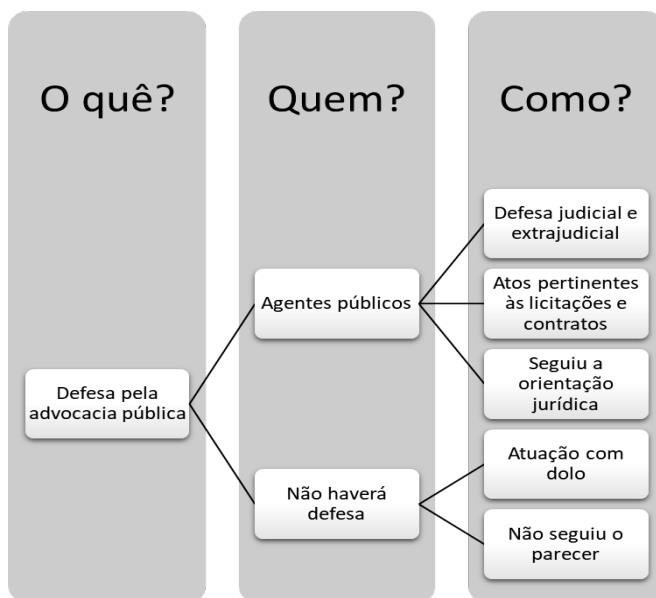
4ª edição
revista, atualizada e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

com o pedido de aposentadoria, mostra-se razoável se patrocinar a defesa por meio da procuradoria pública (independentemente do mérito da decisão da auditoria)¹⁷⁵.

Sistematizando:



TÍTULO II DAS LICITAÇÕES

CAPÍTULO I DO PROCESSO LICITATÓRIO

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

175. Por isso que o TCU recomenda a substituição de servidores atuando nas licitações e contratos que estejam próximos de se aposentar (TCU, Acórdão nº 5.749/2014, 2ª Câmara; TCU, Acórdão nº 1.545/2015, 1ª Câmara).

1. OBJETIVOS DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O art. 11 da Lei nº 14.133/21 fixará balizas à sua interpretação teleológica. De outro lado, ali estão dispostas as metas das contratações públicas. Para tanto, estabeleceu *quatro objetivos*, os quais estão listados nos incisos do dispositivo ora comentado.

- (a) Primeiro, há uma mudança de paradigma: a lei não pretende que se garanta a seleção da *proposta* mais vantajosa (como era previsto no art. 3º “*caput*” da revogada Lei nº 8.666/93), mas que o *resultado da contratação seja mais vantajoso*. Então, o lance até pode ser desvantajoso, mas o resultado final pode assim não ser. Logo, foca-se, aqui, na entrega, na eficiência, na eficácia, enfim, em um resultado ótimo e pragmático. Assim, pode-se dizer que o objetivo em questão a busca “o resultado mais vantajoso”, e não a percepção de que a licitação deve ter por meta alcançar “melhor proposta” ou a “proposta mais vantajosa”¹⁷⁶. Com isto, visa-se à contratação que gere mais vantagens ao Poder Público, percebendo-se, portanto, *o resultado como um todo*¹⁷⁷. Veja que os aspectos de qualidade também são relevantes nas contratações¹⁷⁸. Quando se fala em resultado mais vantajoso, estamos a pensar na necessidade de se ter muito mais do que uma maximização da eficiência, mas também que se perceba um alinhamento da gestão pública ao que determina a legislação e igualmente às expectativas sociais.

A parte final do art. 11, “*caput*”, inciso I, da Lei nº 14.133/21 menciona que esta vantajosidade deve ser avaliada inclusive no que se refere ao *ciclo de vida do objeto*. É dizer que a contratação deve avaliar o uso do objeto contratado no tempo. Exemplifico: imagine que determinado Município pretenda a contratação de um bem de qualidade baixa e, portanto, mais barato. Contudo, ele durará muito menos do que o bem que custa mais caro, o qual tem uma durabilidade maior (v.g. compra de pneus de automóvel, de uniformes escolares, de mobiliário etc.). Então, pode ser mais vantajoso adquirir produtos mais caros, mas com durabilidade maior, do que ter de repetir a compra de bens com durabilidade menor. Em outras palavras, pode ser mais caro comprar mais vezes produtos baratos e de qualidade baixa.

De uma vez por todas deve-se entender que a melhor proposta não é necessariamente aquela que possui o menor preço, sendo que este critério é apenas um dos componentes para avaliar a implementação do interesse público. Por exemplo: ao se adotar critérios de menor redução de impactos ambientais, pode-se conseguir propostas com preços não tão vantajosos. Veja o caso das lâmpadas LED, que são mais caras, mas reduzem o consumo de energia elétrica; ou eventual produto biodegradável, que poderia ser mais caro, mas menos agressivo ao meio ambiente; e assim por diante;

176. TCU, Acórdão nº 1.631/2007, Pleno.

177. CHARLES, Ronny. *Licitações Públicas*: Lei nº 8.666/1993. 6. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 29.

178. TCU, Acórdão nº 1.104/2007, Pleno.

- (b) De outro lado, pretende conferir a “justa competição entre os licitantes” e o “tratamento isonômico” entre eles, o que vem ao encontro dos princípios da *competitividade* e da *igualdade*, já comentados e previstos no art. 4º. Apesar de, neste caso, a lei ter utilizado de termos abstratos, pode-se bem compreender que se quer evitar, com as licitações, privilégios ilegais e abusivos em relação aos competidores. No que se refere à *isonomia*, pode-se dizer que a licitação não visa a parametrizar os licitantes, mas, ao contrário, a discriminar. Por isto que o texto do inciso II fala em “competição justa”. Esta diferenciação intenciona garantir que os interessados participem do certame em iguais condições. Quem pode participar do certame deve poder competir com os demais em igual medida.

Destaca-se, por oportuno, que há tempos que esta isonomia não tem sido levada a cabo em uma perspectiva meramente formal¹⁷⁹. Ao contrário. Inúmeras reformas na legislação influíram para que se tratasse de forma desigual os desiguais, em verdadeira *isonomia material*. Exemplos não faltam: as margens de preferência do art. 23, § 3º, ou do art. 44, da Lei Complementar nº 123/06;

- (c) O inciso III do art. 11 preocupou-se em *coibir o sobrepreço e o superfaturamento*, a tal ponto de eleger como um objetivo das licitações. O primeiro é definido no art. 6º, inciso LVI, e criminalizado pelo art. 337-L, parágrafo único, do Código Penal. Já o segundo é conceituado no art. 6º, inciso LVII, sendo previstas quatro condutas que podem configurar o superfaturamento. Em termos muito singelos, o *sobrepreço* ocorre *antes de se firmar o contrato*, normalmente quando se infla artificial e irregularmente as propostas, a orçamentação etc. Enfim, ocorre *durante o processo licitatório*. Já o *superfaturamento* se configura *depois de firmado o contrato*, especialmente na sua *execução*, a qual, por ser artificialmente mais onerosa, causa prejuízos ao erário;
- (d) Por fim, a lei visa a promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. De outro lado, mantém a vocação da lei em promover o desenvolvimento do País. *A adoção de uma licitação sustentável não é uma opção do gestor*. Em outros termos, adotar ou não uma licitação sustentável não pode estar ao albergue da discricionariedade administrativa. De modo que não existe oportunidade ou conveniência do agente público em decidir se deve ou não realizar licitações sustentáveis. A autoridade pública possui o mister, sem-

179. Exemplo de aplicação da isonomia formal: o TCU determinou que a Administração Pública “[...] abstenha-se de exigir que a vencedora disponha de escritório em localidade específica, requisito que limita o caráter competitivo do certame e macula o princípio da isonomia previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.” (TCU, Acórdão nº 43/2008 Plenário). No mesmo sentido: “É irregular a exigência de que o contratado instale escritório em localidade específica, sem a devida demonstração de que tal medida seja imprescindível à adequada execução do objeto licitado, considerando os custos a serem suportados pelo contratado, sem avaliar a sua pertinência frente à materialidade da contratação e aos impactos no orçamento estimativo e na competitividade do certame, devido ao potencial de restringir o caráter competitivo da licitação, afetar a economicidade do contrato e ferir o princípio da isonomia (...).” (TCU, Acórdão nº 1.176/2021, Pleno).

pre que possível, de implementar tais certames públicos nestes termos¹⁸⁰. E dizemos mais: quando não se fizer um certame deste modo, deve o gestor público dizer os motivos pelas quais assim agiu. Até porque, caso assim fosse permitido, estar-se-ia contrariando o *princípio da eficiência*¹⁸¹.

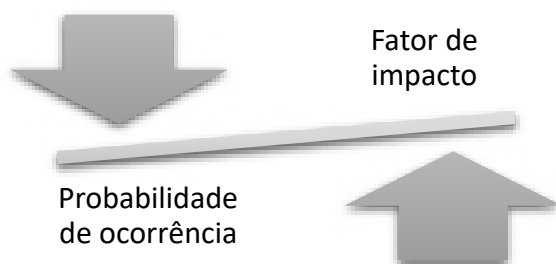
Sobre o item “(d)”, cabe ainda dimensionar que, quando se fizer a estruturação de uma contratação que exija critérios de sustentabilidade, será necessário *formatar critérios objetivos e claros, até para se conseguir mensurar sua execução plena*. E isto já poderia ser indicado no Documento de Formalização de Demanda (DFD) – aquele que inaugura um processo de licitação ou de contratação direta.

Ainda no tema, cabe destacar que a LC nº 182/21 estabeleceu um novo marco na inovação, especificando uma série de dispositivos concretos para a inovação prática por *startups*. Cabe dizer, por oportuno, que uma empresa deste tipo poderá criar algo totalmente inédito (*startup* inovadora ou disruptiva) ou melhorar algo já existente (*startup* incremental).

Merece destaque que a *necessidade de adoção de medidas de monitoramento, gerenciamento de riscos e controle interno* já haviam sido extensamente recomendadas pelos órgãos de controle, como pode ser visualizado na jurisprudência do Tribunal de Contas¹⁸². Destaca-se que o rol mencionado apresenta alguns termos muito peculiares, inseridos no texto da Lei nº 14.133/21, que fazem com que se tenham certos câmbios de temática em relação às leis revogadas. Apesar disto, a lista de objetivos não se desvia, em muito, daquilo que já era previsto na não mais vigente Lei nº 8.666/93. Pode-se dizer, por oportuno, que tais finalidades estabelecem padrões de conduta ao administrador público. Então, a cada licitação deve-se perceber se estes objetivos foram ou não alcançados.

Os riscos devem ser gerenciados a partir de parâmetros. Por exemplo, se o *risco é alto, médio ou baixo*, fator mensurado a partir de seu *impacto*. De outro lado, este parâmetro deve ser ponderado com o *maior ou menor grau de probabilidade de ocorrer*. A partir disso, pode-se mensurar as *ações de gerenciamento de riscos*. Em síntese:

Ações de gerenciamento de riscos



180. TCU, Acórdão nº 1.752/2011, Pleno; TCU, Acórdão nº 2.182/2016, Pleno; TCU, Acórdão nº 3.030/2015, Pleno.

181. TCU, Acórdão nº 2.207/2016, Pleno.

182. TCU, Acórdão nº 1.273/2015, Pleno.

Abordaremos com mais intensidade e amplitude o tema no tópico “3” dos comentários a este artigo.

Uma mudança interessante e perceptível impõe que as opções feitas pelo administrador público, no âmbito da Lei nº 14.133/21, devam ser muito mais justificadas, porque o referido texto normativo empregou termos fluídos ou conferiu mais margem de liberdade à gestão pública do certame. Perceba que a Lei nº 8.666/93 já fazia a maioria das alternativas, deixando pouca margem a opções administrativas. E isso pode ser visto, por exemplo, a partir da necessidade de que, hoje, tenha-se uma fase interna muito mais complexa no âmbito da atual lei geral do que em outro certame. Aqui, o gestor deverá fazer opções, enfim, expor-se.

Em termos de *uso de novas tecnologias*, a Lei nº 14.133/21 incentiva o *abandono da causalidade* para dar lugar à *correlação*. Então, a ideia é extrair informação do licitante¹⁸³. Não se duvida que se poderá aplicar às licitações públicas ferramentas como *the blockchain and the law*. Tal instituto é um “grande cartório descentralizado”. São bases de registros distribuídos e compartilhados, funcionando como um “livro-razão”, estabelecendo padrões de confiança entre os sujeitos que nele se relacionam¹⁸⁴. Por isto, falamos, aqui, em correlações. Hoje se fala em *smart contracts*, momento em que se legitimam “autocontratos”, ou seja, negócios que se *executam automaticamente*. Então, a *administração pública digital* passa ser uma realidade, inclusive quanto à *avaliação digital das políticas públicas*. Tudo isto tende tornar *dinâmica* a licitação. Para tanto, será preciso usar mais mecanismos efetivos de *tecnologias da informação*.

Por tudo isso, concluímos que a licitação *deixa de ser uma atividade-meio do Estado*, para ser considerada uma *função do Estado*, servindo para atingir os fins constitucionalmente definidos. Logo, a licitação acaba também por se tornar uma *atividade-fim* do Poder Público, com mister à proteção do meio ambiente, ao desenvolvimento nacional sustentável, à troca de tecnologias etc.

2. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Por último percebemos que o parágrafo único do art. 11 determina que seja concretizada uma série de estruturas e processos administrativos para realizar os objetivos elencados nos incisos do referido dispositivo. Realça as figuras do planejamento, controle, ambiente confiável, monitoramento, uniformidade para com o orçamento etc. Na sequência, muitos desses institutos serão mais bem regulados pela Lei nº 14.133/21.

Governança é a *capacidade de fazer algo acontecer*, ou seja, é a capacidade de *concretização*, e depende de três fatores: (1) bons processos; (2) recursos financeiros; e (3) recursos humanos. Em resumo, a *governança nas aquisições públicas* reclama a adoção de uma série de medidas. Citaremos algumas delas:

Em resumo a *governança nas aquisições públicas* reclama a adoção de uma série de medidas. Citaremos algumas delas:

- Gestão por competências;

183. Veja que quanto mais específico o objeto, mais chances temos de ter aditivos.

184. O *blockchain* cria consenso e confiança na comunicação direta entre duas partes, ou seja, sem o intermédio de terceiros.

- Estudo técnico preliminar;
- Inserção do plano de contratações no planejamento estratégico;
- Existência do plano de contratações anual, que deverá pautar e ser relacionado com a Lei Orçamentária Anual;
- Controle em três “linhas de defesa”;
- Existência de gestão de riscos, que pode ser materializada na matriz de riscos inserida no edital;
- Incentivo à adoção de programa de integridade ou *compliance*.

3. GESTÃO DE RISCOS

Ainda, não há que se confundir os termos “*gestão de riscos*”, previsto no parágrafo único do art. 11 (ora comentado), com “*matriz de riscos*”, porque refletem conteúdos diversos. Veja que a *matriz de risco* apontará as potenciais complexidades ou onerosidades na execução do contrato, e tem sua previsão nos arts. 22 e 103 da Lei nº 14.133/2021¹⁸⁵. Já a expressão *gestão de riscos* tentará revelar e prevenir potenciais complexidades ou onerosidades em todas as etapas do certame e do contrato, inclusive e principalmente na fase interna das licitações. E este último instituto deverá fazer parte da estrutura e regras de governança da Administração Pública. De acordo com ISO 31000, o risco é o efeito de incerteza nos objetivos, caracterizado por desvios, positivos ou negativos, em relação aos resultados esperados. Então, o “risco inerente”, que existe antes de ser tratado, deverá ser objeto do “gerenciamento do risco” – estabelecimento de uma estratégia de mitigação. E, com isto, obtém-se o “risco líquido” ou “residual”, que permanece depois das medidas de mitigação.

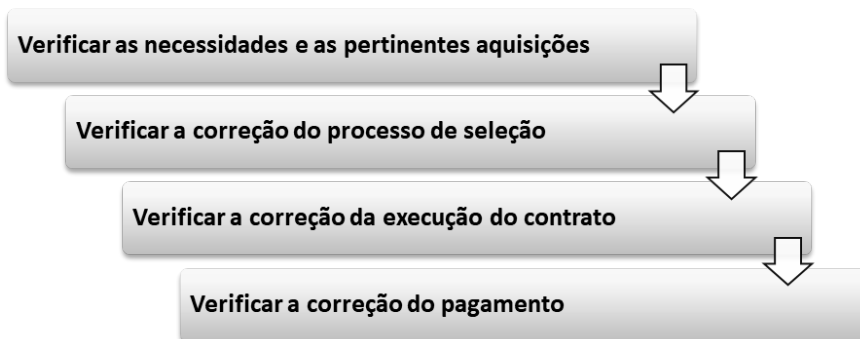
Não devemos confundir “risco” com “fator de risco”. O primeiro tema está ligado aos processos operacionais e de suporte de determinada empresa. O fator pode levar ao aumento da probabilidade da ocorrência do risco. Após a identificação dos riscos de negócio, é necessário criar um plano de ação juntamente com a alta administração para combatê-los. Existem uma série de técnicas para tanto. Por exemplo, as *Três Linhas de Defesa do Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controle* é um documento técnico que foi publicado em 2013 pelo *Institute of Internal Auditors (IIA)*. Considera o que seria uma forma simples e eficaz para o gerenciamento de riscos em qualquer organização. Então, o legislador optou por adaptar este típico modelo das organizações privadas ao setor público das licitações e contratos administrativos.

Destacamos, para tanto, algumas providências a serem tomadas na gestão dos riscos:

- *Identificação dos riscos;*
- *Mensurar o risco – priorizando-os;*
- *Avaliação dos riscos;*
- *Resposta aos riscos – pode-se definir melhorias, oportunidades etc.*

A Área de Negócio deve ter conhecimento prévio e monitoramento dos riscos e controles, direta ou indiretamente, envolvidos nas operações sob sua gestão.

185. Conferir os comentários feitos nestes dois dispositivos.



O mapeamento dos riscos deverá ser contextualizado a partir de uma série de fatores. Por exemplo: é importante mensurar *se o risco é gerado por fatores externos ou internos*, o que implica modificação de fluxos e a forma de atuação para mitigá-los ou remediá-los. A partir disso, deve-se partir para a *identificação das causas e consequências*, bem como das *probabilidades e ocorrência e seus impactos*. Com a ampla base informacional diagnosticada, a gestão das licitações e contratos deverá conferir maior importância e priorização da escala de riscos mapeadas, o que se dá a partir dos *critérios de (1) probabilidade e de (2) impacto*. Veja que duas fases são essenciais aqui:



A política da gestão de riscos deve ser garantida por meio de alguns instrumentos ou etapas para sua implantação, a saber:



A materialização dos *riscos de integridade ocorre a partir de falhas éticas ou mesmo de conscientização*. Isso é mitigado pela política de gestão de riscos e controles internos, cujas diretrizes são definidas para o gerenciamento destes riscos. Por isto que já de se fixar uma metodologia para avaliação de riscos corporativos, mapeando

instituição, também organicamente, *relacionando os recursos humanos, ações, plano de negócios, inter-relações externas e internas e estrutura orgânica.*

Os riscos podem ser classificados a partir de alguns parâmetros:

- (a) Desvios de conduta por parte da média gestão;
- (b) Desvios de conduta por parte da média gestão;
- (c) Ausência de comprometimento da Alta Administração;
- (d) Inobservância dos aspectos socioambientais na tomada de decisão;
- (e) Conflito de interesse;
- (f) Uso indevido de dados/informações;
- (g) Fraude e corrupção;
- (h) Assédio moral e sexual;
- (i) Ineficiência no tratamento de denúncias;
- (j) Inconsistência nos registros contábeis e auditoria;
- (k) Nepotismo.

Há outros riscos de planejamento ou escopo que ainda devem ser considerados: dimensionamento indevido das necessidades a serem adquiridas; atraso na tramitação do processo; ausência de recursos financeiros; alteração do escopo dos serviços; carência de recursos humanos para processar as licitações e fiscalizações; mudanças frequentes nas regras de negócio; infraestrutura inadequada; etc. Então, devem ser previstas ações futuras e adequadas para enfrentar problemas que podem acontecer.

As diretrizes apresentadas não estão em ordem de hierarquia e tantas outras podem ser incorporadas. Aliás, a hierarquia entre elas, ou seja, a estipulação da diretriz mais relevante dependerá de cada contexto e de cada organização. Por exemplo: os fatos que aportam no canal de denúncias são um bom parâmetro para concretizar a matriz de riscos, porque demonstram quais os setores das empresas que estão expostos a maior risco. Então, *depois de elencadas as diretrizes, deve-se hierarquizar o risco.* E para tanto, sugere-se alguns parâmetros:

- (a) Saber se a providência de mitigação foi implementada; parcialmente implementada; não implementada;
- (b) A frequência que ocorre o risco;
- (c) Há processo de automação possível ou não;
- (d) A providência a ser tomada é prescritiva ou não.

Logo, se a estrutura a classificação a partir de dois eixos: (1) *grau de probabilidade de ocorrência*; em relação ao (2) *nível de impacto na corporação*. Veja um exemplo hipotético de tabela representativa de uma matriz de risco, onde a parte escura se refere ao maior grau de risco em relação à parte mais clara.

Quando finalizado o diagnóstico e a matriz de risco, *ações de prevenção e correção devem ser concretizadas*, se já não existentes. Exemplifico algumas destas ações:

- Plano de Comunicação da corporação;
- Plano de Capacitação dos recursos humanos – que deve ser constante;

- Canal de Denúncias efetivo e responsivo, cumprindo-se os prazos de tratamento e resposta às acusações, garantindo-se, claro, o direito à ampla defesa e ao devido processo legal;
- Regramento para aplicação de sanções;
- Regramento para ocupação de posição de liderança;
- Políticas de Integridade;
- Ouvidoria;
- Estruturar o código de ética da empresa de acordo com o que foi mapeado.

4. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Pelos termos da legislação atual, as compras públicas devem adotar, quando possível, compras sustentáveis. Aquisições feitas sob este parâmetro geram uma série de externalidades positivas em uma série de campos (ambiental, social, econômico) e, claro, algumas externalidades negativas – conforme a seguir demonstraremos. Antes, queremos dizer que a aquisição nestes termos possui um *caráter pedagógico*, ou seja, a Administração Pública dá o exemplo a ser uma consumidora responsável e sustentável¹⁸⁶.

Não deveria existir grau de discricionariedade na implementação de medidas sustentáveis, o que já era até mesmo reconhecido pelo TCU, que determinou “[...] ao órgão (...) que adote critérios de sustentabilidade na aquisição de bens, materiais de tecnologia da informação, bem como na contratação de serviços ou obras, conforme disposto na Decisão Normativa/TCU nº 108/2010, na Instrução Normativa nº 1/2010 e na Portaria nº 2/201, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.”¹⁸⁷. Em outro momento, a mesma Corte de Contas assim decidiu:

“O consumo mais responsável é condição indispensável para uma economia de baixo carbono, baseada na sustentabilidade, e o Estado tem o papel fundamental no fomento de um padrão de consumo mais racional, impulsionando o mercado e a sociedade a refletir e adotar novos hábitos e valores. (...) A finalidade da Administração Pública é por em prática as políticas públicas e programas de governo. Para isso, é preciso gastar, mas deve fazê-lo de forma eficiente e sustentável, com zelo e austeridade, a fim de atender às necessidades da sociedade sem deixar de preservar o meio ambiente. Gerir bem os recursos financeiros e naturais é obrigação de todo e qualquer agente público.”¹⁸⁸

Então, devemos considerar que a vantajosidade para a nova lei não está atrelada necessariamente ao menor preço, e isto pode ser atestado por um eficiente Estudo Técnico Preliminar – ETP. Para tanto, deve-se considerar o “ciclo de vida do objeto”. Este instituto é conceituado no art. 3º, inciso IV, da *Lei de Resíduos Sólidos* (Lei nº 12.305/2010): “[...] ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final;”. Portanto, para o âmbito das licitações, o “ciclo de

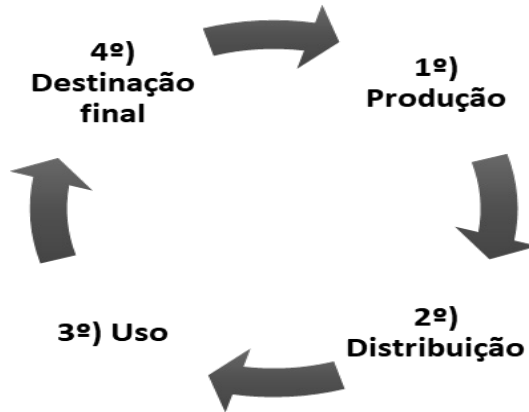
186. Na linha da Lei nº 13.183/2015, que institui a *Política de Educação para o Consumo Sustentável*.

187. TCU, Acórdão nº 5.804/2013, Pleno.

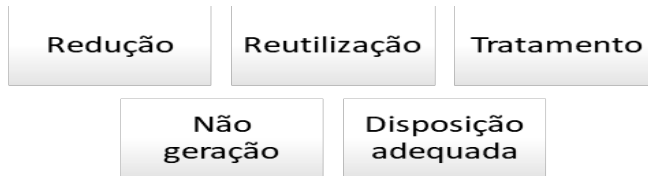
188. TCU, Acórdão nº 1752/2011, Pleno.

vida” deve ser compreendido tanto na (1) etapa de planejamento das compras públicas como na (2) fase preliminar do certame¹⁸⁹.

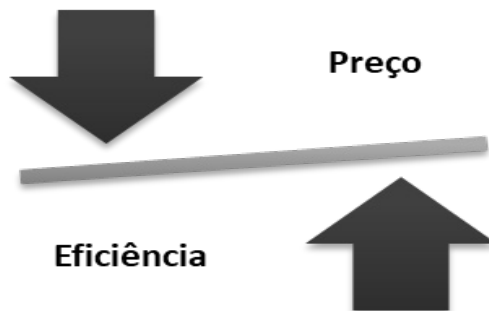
A ver que o ciclo de vida de um produto comporta quatro passos e todos devem se ater aos critérios de sustentabilidade:



Em cada uma destas etapas, algumas medidas de mitigação ou eliminação de resíduos ou rejeitos podem ser implementadas. Pretendemos sistematizá-las a partir destas premissas:

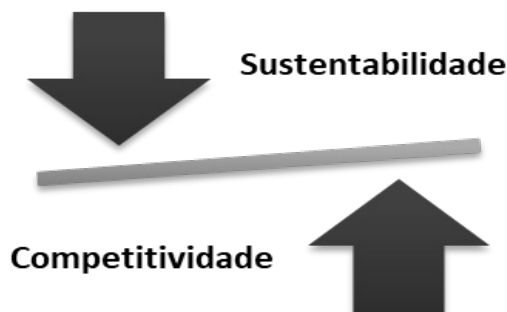


A avaliação do ciclo de vida tenderá a refletir a vantajosidade do certame. E, neste aspecto, haverá de se ponderar dois fatores: (1) preço em relação à (2) eficiência. E esta visão deverá ser estendida no tempo, ou seja, ao longo do ciclo de consumo e realização de um bem. Pode-se concluir que, ao longo do tempo, um produto mais barato não é eficiente em termos econômicos, ambientais, sociais etc. Exemplo: polui mais; reclama maior manutenção; tem durabilidade menor etc.



189. REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 243249.

Outro ponto de atenção merece ser considerado: muitas vezes, as compras sustentáveis podem limitar o espectro de fornecedores, diminuindo a competitividade. Então, outra ponderação deve ser feita: até que ponto a sustentabilidade pode ser um fator que tenha proeminência à competitividade? Veja o caso: quer-se contratar um determinado produto, fornecido por cinquenta empresas. Mas se este mesmo bem for biodegradável, somente duas pessoas jurídicas participarão do certame. Este é um caso que mereceria maior cuidado do gestor¹⁹⁰.



Mas a *Análise do Ciclo de Vida* de um produto avaliará desde a sua extração até seu consumo e descarte. E nisto se avaliará sua raridade, os insumos para sua confecção, a forma como é produzido ou extraído etc. Vamos a um exemplo:

- (a) Impressora “A” custa R\$ 1.000,00; e seu cartucho de reposição custa R\$ 150,00 para a impressão de mil páginas;
- (b) Impressora “B” custa R\$ 1.200; e seu cartucho de reposição custa R\$ 50,00 para imprimir duas mil folhas.

Fica claro que a impressora “B” não seria comprada em uma licitação de menor preço. Mas, ao longo do tempo, ela se mostra muito mais vantajosa, inclusive em termos econômicos, porque, apesar de mais barata, seu uso é mais custoso.

Assim, a *Análise do Ciclo de Vida* deverá levantar informações neste sentido. Por exemplo: antes, deve-se perceber se é possível a *reutilização de bens ou serviços já contratados e existentes*. E estas informações merecem considerar toda política de resíduos sólidos do ente licitante ou a ele aplicável, ou da logística reversa¹⁹¹ existente. Assim, dever-se-ia abandonar a lógica do “custo-preço”, para dar lugar ao “custo-eficácia”¹⁹². E esta eficácia não deve ser avaliada só sob o viés econômico, mas sob outros crivos, como o ambiental, social etc.

190. Sobre a exigência de certificados que prejudicam o certame, conferir: TCU, Acórdãos nº 1.929/2013, Plenário; nº 2.584/2010, Plenário; nº 2.403/2012, Plenário; nº 508/2013, Plenário.

191. Logística reversa é o “[...] instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.” (art. 3º, inciso XII, da Lei nº 12.306/2010- Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS).

192. Incidência da lógica da Diretiva nº 2014/24, art. 67 2 e art. 68, da União Europeia.

De acordo com o que dispõe o art. 36, § 3º e art. 37, “*caput*”, inciso III, ambos da Lei nº 14.133/21, o *desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica*, ou seja, são relevantes nos julgamentos que utilizam este critério, tudo a ser delineado em regulamento. E estes dados poderão fazer parte do *cadastro*. Contudo, atentar para o disposto na Súmula 272 do TCU: “*No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*”

O indeferimento ou cancelamento do registro cadastral por ser objeto de recurso, a ser interposto no prazo de três dias úteis, contados da ciência do interessado – art. 165, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 14.133/2021. Mas não só: outros interessados podem recorrer do deferimento do registro de outro licitante, considerando que a decisão foi ilícita ou indevida. Cabe ainda relacionar ao tema o fato de que o art. 337-N do Código Penal considera crime impedir ou frustra o registro cadastral de qualquer pessoa.

TÍTULO III
DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
CAPÍTULO I
DA FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

1. INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

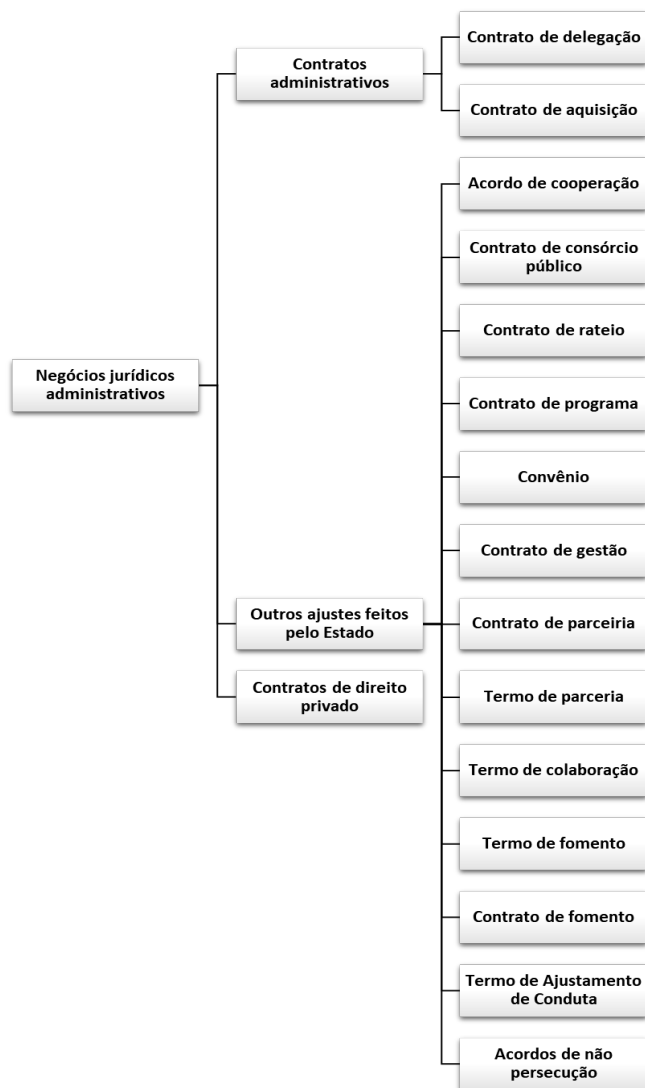
Ano a ano, novos modelos negociais praticados pelos entes estatais são previstos pela legislação nacional, na medida em que a interação do Poder Público com a sociedade cada vez mais passa pelo *consenso*, e *não pela unilateralidade*. E, neste aspecto, os “negócios” feitos pelo Estado possuem uma maior ou menor incidência do regime jurídico-público – instituto também a ser definido na sequência¹¹⁵⁰. Tal instituto não deixa de designar efeitos jurídicos, sem se perder de vista que é a lei

1150. A noção de “contrato administrativo”, ao menos neste aspecto, não se desgarra da perspectiva de contra de direito privado, tendo em vista que ambos os institutos servem como um “[...] instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes.” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999, p. 34-35). Apesar de concordarmos com o autor de que tal instituto é veículo da circulação da riqueza, não concordamos como sendo uma “instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual.” (RODRIGUES, Sílvio. *Op. Cit.*, p. 35). Ficamos, assim, com o conceito de Flávio Tartuce: “[...] é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com

que concede eficácia à manifestação volitiva das partes em questão, operando, assim, obrigações ao acordo, em que a vontade das partes aparece como fonte imediata.

É pela via do *contrato* que as partes acordam obrigações mútuas¹¹⁵¹, firmando este pacto sob o fundamento da *autonomia de vontade*. Então, as regras contratuais regerão uma situação futura, criando, extinguindo ou alterando direitos ou obrigações.

Podemos exemplificar esta multiplicidade de ajustes a partir do seguinte fluxograma, que, em verdade, apenas espelha parcela das várias possibilidades de pactos que podem ser feitos com o Poder Público:



conteúdo patrimonial.” (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 594).

1151. Ainda que se possa dizer que existem contratos com obrigações somente a uma das partes, como é o caso da doação “pura”.

Vê-se, portanto, que esta multiplicidade de pactuações possui pelo menos dois pontos em comum: pressupõem *um acordo de vontades*, ou seja, não se está diante de uma imposição a contratar – e nem poderia –, bem como *em um dos polos da relação contratual se encontra o Estado*. Em alguns negócios jurídicos *lato sensu*, ambas as partes atuam desinteressadamente, ou seja, não visam a um benefício pecuniário (v.g. convênios). Não é o caso dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021, porque eles pressupõem cláusula de preço ou de pagamento, e que têm por objeto a satisfação de uma necessidade pública.

O contrato estabelecerá uma *legitimação* para ambas as partes envolvidas, porque permite faculdades, ou seja, estabelece direitos e deveres, no mais das vezes recíprocos. E os atos públicos e privados de execução deste negócio terão sua própria autonomia. Neste aspecto, deve ser levado em conta que o contrato de fornecimento, típico da Lei nº 14.133/21, gera efeitos entre as partes, o que o difere, por exemplo, dos contratos de concessão de serviço público, os quais, apesar de celebrados entre o Poder Público e o particular, geram efeitos para com os usuários.

Quando celebrado o contrato administrativo, ambas as partes possuem determinadas posições jurídicas, ou seja, um conjunto de direitos e de obrigações é auferido por todos os participantes do negócio que, como dito, vale entre as partes signatárias. Mas é interessante notar que estas posições jurídicas ou o conjunto de direitos e deveres possuem dois graus de legitimação: em um primeiro momento será a lei que conferirá legitimidade a este mencionado conjunto de direitos e deveres ou posição jurídica, para só então o contrato, com base na disciplina legal, trazer à tona uma segunda, por assim dizer, “legitimação” das posições jurídicas. Se visto de outro modo, o contrato administrativo espelha, na prática, uma política pública ou um projeto público. Ou, mais especificamente, o contrato materializa muito daquilo que foi planejado na fase interna da licitação. Assim, o contrato administrativo normatizado pela Lei nº 14.133/21 estabelece uma *relação jurídica bilateral e onerosa*.

De regra, como dito, o contrato gera efeitos apenas entre as partes do pacto. Excepcionalmente, a referida legislação permitiu que o contrato administrativo possa atingir terceiros, estabelecendo uma relação jurídica multilateral, ou melhor, vindo a gerar efeitos para além das pessoas que pactuaram com a Administração Pública. É o caso do art. 25, § 5º, inciso II, da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos*, o qual permite que o contratado, caso autorizado pelo ajuste, possa desapropriar bens para a execução do objeto licitado. Eis uma exceção a essa “bilateralidade”.

O arranjo constitucional incidente à espécie, notadamente o art. 37, inciso XXI, reclama uma mediação legislativa, a qual foi feita por inúmeras leis infraconstitucionais. Em um primeiro momento, duas delas se destacaram: a Lei nº 8.666/93 [hoje substituída pela Lei nº 14.133/21], que estabelecia os *parâmetros gerais das licitações e dos contratos administrativos*; e a Lei nº 8.987/95, que disciplina a *delegação de serviços públicos à iniciativa privada*. Ambas as legislações acabaram por se conformarem, cada qual no seu espectro e de acordo com as suas especificidades, o conceito de contratos administrativos, dito por nós como “tradicional”. Em termos objetivos: definiram as bases dogmáticas do contrato de fornecimento e do contrato de delegação, respectivamente.

Então, é de se perceber que a definição do contrato administrativo partirá do sistema normativo que o disciplina. Por isto que *não se terá uma definição passível de*

universalização. Entendemos que se trata de típico *conceito jurídico-positivo*. Assim, a confecção de contratos administrativos pelo Poder Público não é livre. Ao contrário. Toda ação estatal ou a não ação deve ser justificada *na lei* e por um *interesse público legítimo*. Então, a liberdade contratual da Administração Pública é um *instrumento para cumprir funções públicas, e não uma expressão da autodeterminação individual*.

Podemos antecipar, com base na definição mais básica de *contrato*, que se trata de um *acordo entre duas ou mais partes* que se destina *a criar uma relação jurídica vinculativa ou ter algum outro efeito legal*¹¹⁵². O *contrato feito pelas pessoas jurídicas estatais não foge deste aspecto*, porque se trata de um negócio jurídico em que uma *entidade seja parte*, regido ou não pelo direito público. Assim, o contrato administrativo é um *ajuste de vontades* que pode ou não ser governado pelo direito privado dos contratos¹¹⁵³. A questão mais basilar enfrentada contemporaneamente consiste em avaliar se a concepção de “contrato administrativo” exige ou não a presença de um regime jurídico derogatório. Caso a resposta seja positiva, em que nível seria incidente este regime jurídico-administrativo?

Entendemos que o *contrato administrativo não deixa de ser contrato*¹¹⁵⁴, ou seja, os requisitos mínimos, ou melhor, os *elementos nucleares de qualquer contrato* (de direito civil, mercantil etc.) também estarão presentes aqui. A doutrina civilista¹¹⁵⁵ divide os elementos nucleares deste instituto em dois grupos: *extrínsecos* (ou *pressupostos*) e *intrínsecos* (ou *requisitos*). Cada um destes grupos comporta subdivisões. Logo, todo o contrato administrativo possui:

- (a) *Elementos nucleares extrínsecos ou pressupostos*:
 - (a1) Capacidade das *partes*;
 - (a2) Idoneidade do *objeto*;
 - (a3) *Legitimação* para realizá-lo;
- (b) *Elementos nucleares intrínsecos ou requisitos*:
 - (b1) *Consentimento*¹¹⁵⁶;
 - (b2) *Causa*;

1152. Ainda que se note variações no conceito, inclusive contemporaneamente, a noção de contrato também em direito civil vem sendo discutida (COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Great Britan: Lexis-nexis, 2003, p. 20 e ss.; NEGREIROS, Thereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 277 e ss.). Contudo, nenhuma destas concepções nega que o contrato seja um acordo de vontades a estabelecer uma relação jurídica. O que se discute, justamente, é, em linhas gerais, a função que o contrato vem a desempenhar no mercado (por todos: COLLINS, Hugh. *Op. Cit.*, p. 29).

1153. Em termos sintéticos, *regime jurídico* consiste em *um conjunto de regras e de princípios, em um todo harmônico, incidentes sobre determinado campo, categoria ou instituto do direito*. Por todos: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 1, 1998, p. 110.

1154. “A ideia de contrato aplica-se em todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem dos concursos de vontades, seja qual for a sua modalidade ou sua eficácia”. Então: “[...] haverá contrato quanto nesta manifestação da vontade houver uma “coincidência de fundo entre as duas declarações” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8).

1155. Por todos: GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 45.

1156. A consensualidade é um elemento nuclear de qualquer contrato. (RDA 88/25). Assim, ao menos na formação do vínculo, o consenso deve sempre existir. Contemporaneamente, especialmente diante da contratação em massa, o consenso na seara contratual passou a ser redefinido (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 99-102).

(b3) *Objeto*;

(b4) *Forma*.

Esses elementos, apesar de serem diversos teoricamente, na prática podem bem se confundir. De qualquer sorte, a existência de *no mínimo dois contratantes, de um objeto e da manifestação de vontade contratual* é pressuposto lógico de qualquer contrato¹¹⁵⁷. Além dos *elementos nucleares* mencionados, os contratos administrativos possuem alguns *elementos complementares* que são essenciais, ou seja, são requisitos básicos à sua definição como categoria de direito administrativo.

- (a) *Uma das partes contratantes é a Administração Pública*, nessa qualidade;
- (b) *O objeto do contrato diz respeito à concretização de uma atividade e/ou função de natureza administrativa*; e
- (c) Tal contrato é regido, no seu conteúdo, por *normas específicas de direito administrativo* (no seu núcleo há um “*regime derogatório do direito comum*”), ou seja, deve o contrato apresentar *cláusulas exorbitantes*.

Logo, podemos perceber que estes elementos completantes conferem ao contrato administrativo uma especificidade que o diferencia dos negócios jurídicos de direito privado¹¹⁵⁸. Queremos dizer, com isto, que há premissas lógico-jurídicas muito próprias a serem aplicadas neste âmbito.

Em termos objetivos, podemos dizer que as *cláusulas exorbitantes* ou o *regime derogatório* estabelecem *prerrogativas ou privilégios ao Poder Público*. O direito francês deu cabo de estruturar alguns *critérios* para definir as cláusulas exorbitantes:

- (a) Por primeiro, compreende serem cláusulas exorbitantes as *obrigações que não são suscetíveis de ser convencionadas de modo consensual entre as partes contratantes*, como ocorre no contexto das leis civis e comerciais¹¹⁵⁹;
- (b) Por conseguinte, são consideradas exorbitantes aquelas cláusulas que carregam consigo verdadeiro *exercício de uma prerrogativa de uma função pública (prérogatives de puissance publique)* – como o poder de sancionar o contratado, de rescindir a avença unilateralmente etc.¹¹⁶⁰;
- (c) Também são consideradas “exorbitantes” as cláusulas que são *incomuns nos acordos entre indivíduos* (por exemplo, o controle sobre os preços dos contratos, resultados financeiros etc.)¹¹⁶¹.

1157. Nas palavras de Orlando Gomes (*Op. Cit.*, p. 10), *contrato* consiste, em apertada síntese, em um “[...] negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

1158. “[...] formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado. Embora a concepção de contrato administrativo fugisse à ideia de contrato, predominante nos séculos XVIII e XIX, não deixou de ser considerado contrato.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 261).

1159. CE, 15 fev. 1935, *Société française de construction*.

1160. TC, 5 jul. 1999, *Union des groupements d'achats publics*.

1161. TC, 7 jul. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute Maurienne*.

A perspectiva *francesa* entende que o Estado pode celebrar tanto *contratos administrativos* como *contratos de direito privado* (que chamará de “*contratos da administração*”). O Brasil parece adotar, em menos em termos de direito positivo, esta vertente. E isto não é novo, porque já na vigência do revogado art. 62, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.666/93¹¹⁶² este entendimento era encampado pela legislação que tratava das licitações e contratos públicos.

2. CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

É possível que o Estado firme negócios jurídicos que se sujeitam integralmente ao direito privado. O direito público quiçá seria aplicado neste contexto, ou no máximo de modo acessório. A Lei nº 14.133/21 não faz menção a esta espécie de contratação, de modo que não poderia gerar efeitos nesta relação.

Esse tipo de negócio ocorre quando a Administração Pública é obrigada a se submeter a este tipo de pacto, sob pena de não contratar. São casos-limite em que o Poder Público só tem duas alternativas: ou pactua sob as regras dos contratos de direito privado, ou não faz o negócio. Pactuar sob as regras de direito público não é possível.

Um caso interessante em que isto aconteceu durante a pandemia causada pelo *Covid19*, em 2020, quando um fornecedor da vacina rejeitou a aplicação do regime jurídico-administrativo brasileiro, notadamente em relação ao fato de não se responsabilizar pelos efeitos causados pelo fármaco. A União então consultou o TCU se poderia contratar pelas regras impostas pelo fabricante, tendo a Corte dito que seria possível, em casos excepcionais, deixar de aplicar o regime jurídico-administrativo incidente: “Nesse cenário, considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e de demanda, entendo que não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os limites expostos no capítulo V. (...) Não obstante, compreendo que, da mesma forma que a responsabilidade contratual, as partes podem promover um rearranjo dos riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual, como forma de viabilizar o fornecimento de vacinas e evitar que as contingências, ainda incertas quanto à extensão, onerem demasiadamente o preço da contratação a ponto de torná-la inviável. (...) Essa realocação da matriz de riscos decorre, como visto, da excepcionalidade da situação concreta que se busca remediar, na qual o Estado não tem como usar suas potestades por estar, contingencialmente, em situação de inferioridade factual perante os detentores da tecnologia, in casu, os fabricantes de vacinas. Justamente por esse motivo, a relação contratual em análise se aproxima do ambiente de maior

1162. Lei nº 8.666/93, art. 68, § 3º, inciso II: “Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: (...) II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”. Sobre o tema, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Comentários aos arts. 54 a 64 da Lei nº 8.666/93. In: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres (Coord.). *Comentários ao sistema brasileiro de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2016, p. 346.

autonomia dos contratos empresariais, sendo aceitável, no contexto descrito, a divisão de responsabilidades de natureza extracontratual em razão de vício do produto.”¹¹⁶³.

É certo que o cenário em que se decidiu o caso era excepcional e urgente, dada a necessidade de urgentemente frear o vírus que matava milhares de pessoas. Contudo, a “razão de decidir” deixa evidenciado que existem situações também extraordinárias em que o Estado não poderá impor a sua vontade.

3. DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei nº 14.133/21 inicia a disciplina jurídica dos *contratos administrativos* no art. 89. Previamente, tal legislação apenas definiu as figuras do *contratante* e *contratado* (art. 6º, incisos VII e VIII¹¹⁶⁴), sem fornecer um conceito legal de “contrato administrativo”¹¹⁶⁵, como o fez o revogado parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93¹¹⁶⁶. Mas isto não impediu a lei de estabelecer uma disciplina específica sobre o tema. Logo, os negócios jurídicos administrativos advindos da aplicação da Lei nº 14.133/21 *seguirão as normas da lei geral de licitações e de contratos, bem como serão regidos pelas cláusulas previstas no edital do certame que deu origem ao negócio – princípio da vinculação ao instrumento convocatório*.

Além disso, os capítulos e seções precedentes que trataram de forma setorial e específica de inúmeras contratações (v.g. alienações, aquisições de produtos e de serviços, contratação de obras etc.) constituem *premissas normativas próprias em matéria de contratos administrativos*. Basta ver aquilo que está disciplinado em cada dispositivo da legislação ora analisada. Estas regras impõem que as licitações e os contratos que se pautam pela Lei nº 14.133/21 seguirão também as diretrizes normativas ali listadas. Sendo assim, uma interpretação sistemática deste manancial de regras pode levar à conclusão de que os contratos regidos pela Lei nº 14.133/21 seguem, mal ou bem, a concepção dogmática da doutrina francesa, que admite o regime de cláusulas exorbitantes.

Nesse contexto, deve-se alertar que há quem negue a existência do instituto dos “contratos administrativos”. Há, ainda, quem defenda que todos os contratos feitos pela Administração Pública são “contratos administrativos”. E há quem compreenda que tal categoria jurídica é espécie do gênero “contratos da Administração”, sendo que o Poder Público poderia firmar outros negócios jurídicos, além dos contratos ditos “administrativos”. Adotando o último entendimento, “*contrato administrativo*” é *um acordo voluntário de vontades, coexistentes no tempo, e que as pretensões dos contratantes não são paralelas, sendo que um dos polos do ajuste é ocupado pelo Estado, e o outro por um agente privado (entende-se que o ajuste feito entre duas pessoas jurídicas de direito público não configura contrato administrativo, mas, por exemplo, um convênio ou um consórcio). Tem por objeto a satisfação do interesse público e é disciplinado*

1163. TCU, acórdão nº 534/2021, Pleno.

1164. Conferir nossos comentários a estes dispositivos.

1165. E, de outro lado, também apenas conceituou o específico “contrato de eficiência” – art. 6º, inciso LIII, da Lei nº 14.133/21.

1166. Lei nº 8.666/93, art. 2º: “Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”.